

Tomasz Widlak*

**O KONSTYTUCJONALIZACJI
PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO
– KU KONSTYTUCJI
SPOŁECZNOŚCI MIĘDZYNARODOWEJ?**

I. Wprowadzenie

Z oczywistych względów z dyskusją na temat konstytucjonalizacji na poziomie ponadnarodowym mieliśmy do czynienia dotychczas przede wszystkim w sferze prawa europejskiego.¹ Jednak w ostatnim czasie rośnie zainteresowanie tym zjawiskiem także w odniesieniu do powszechnego prawa międzynarodowego i społeczności międzynarodowej. Analizę zagadnienia konstytucjonalizmu międzynarodowego można rozpocząć od postawienia tezy: prawo międzynarodowe jako system nie stanowi już *ius inter gentes* – prawa „między” narodami, ale poprzez zjawisko konstytucjonalizacji oraz hierarchizacji norm przekształca się w prawo społeczności międzynarodowej. Proces ten ściśle wiąże się ze zmieniającym się charakterem tej społeczności, która z luźnej pluralistycznej rodziny narodów, nabiera charakteru ściślej

* Mgr Tomasz Widlak – asystent w Katedrze Teorii i Filozofii Państwa i Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

¹ Zob. np. T. T. Konciewicz, *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, Warszawa 2009, rozdz. VI; G. Frankenberg, *The Return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism*, *European Law Journal* 2000, t. 6, nr 3, s. 257–76; R. A. Wessel, *The multilevel constitution of European foreign relations*, [w:] N. Tsagourias [red.], *Transnational Constitutionalism*, New York 2007, s. 160–206.

z sobą powiązanej wspólnoty wartości, celów, instytucji i norm.² Wraz z nią, jak proponują niektórzy autorzy, prawo międzynarodowe także ewoluowało od prawa koegzystencji, poprzez prawo kooperacji aż do konstytucjonalizacji.³ Przedmiotem tego artykułu będzie wstępna weryfikacja tej tezy ze szczególnym uwzględnieniem próby udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy rzeczywiście i w jakich znaczeniach mamy obecnie do czynienia z procesem konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego. Aby odpowiedzieć na to pytanie, konieczne będzie po pierwsze przyjrzenie się charakterystycznym cechom „konstytucji” i „konstytucjonalizmu” w nauce prawa w ogóle,⁴ a następnie rozważenie na ile są one właściwym aparatem pojęciowym do opisanego procesów zachodzących w prawie międzynarodowym, z wyróżnieniem znaczeń w jakich można posługiwać się ideą konstytucji i konstytucjonalizmu na poziomie globalnym. Po drugie, przedstawione zostaną przykładowe procesy i przejawy konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego, a następnie opozycyjne w stosunku do nich przykłady trendów antykonstytucyjnych i krytyki idei globalnego konstytucjonalizmu. W konkluzji artykuł proponuje wyróżnienie trzech podstawowych sposobów rozumienia zjawiska konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego.

² Używając terminu „społeczność międzynarodowa” w tym artykule wychodzę od najczęściej przywoływanej, zwłaszcza w nauce stosunków międzynarodowych, klasycznej definicji społeczności międzynarodowej H. Bulla z 1977 r.: „*Społeczność państw czy też społeczność międzynarodowa, istnieje gdy grupa państw, świadomych pewnych wspólnych interesów i wspólnych wartości, tworzy społeczność w tym sensie, że postrzegają one siebie jako związane w swych wzajemnych relacjach wspólnym zespołem reguł i uczestniczą w działaniu wspólnych instytucji*” (H. Bull, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, New York 2002, s. 13.). Powyższą definicję przywołuję z tym zastrzeżeniem, że szerzej traktuję krąg członków społeczności międzynarodowej, które nie obejmują wyłącznie państw. Więcej na temat użycia terminu „społeczność międzynarodowa” zob. J. Zajadło, *Społeczność międzynarodowa czy wspólnota międzynarodowa?*, PiP 2005, z. 9, s. 34–50; na temat historycznej ewolucji idei społeczności międzynarodowej zob. T. Wiślak, *Zarys historii myśli o społeczności międzynarodowej*, Gdańskie Studia Prawnicze 2008, t. XX, s. 349–369.

³ A. Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, *Leiden Journal of International Law* 2006, t. 19, s. 580 oraz cyt. tam literatura.

⁴ Zob. S. Besson, *Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy*, [w:] J. L. Dunoff, J. P. Trachtman [red.], *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, New York 2009, s. 381–384.

II. Język debaty konstytucyjnej: „konstytucja”, „konstytucjonalizm” i „konstytucjonalizacja”

Termin „konstytucja” oraz pochodne wobec niego pojęcia, takie jak „konstytucjonalizm” czy „konstytucjonalizacja” mogą mieć bardzo różne znaczenie nie tylko na gruncie różnych systemów prawnych; są także często używane w różnych kontekstach politycznych i kulturowych. Warto zauważyć jednak, że przynajmniej w języku prawniczym, terminy te łączą z sobą na ogół pozytywne konotacje i wiążą się z legitymizacją porządków prawnych będących przedmiotem konstytucjonalizacji.⁵

„Konstytucja” kojarzy się przede wszystkim z najbardziej oczywistym rozumieniem tego pojęcia jako „aktu określającego podstawy ustrojowe państwa”⁶ lub „reguł i praktyk określających skład i funkcje organów państwa i samorządu oraz regulujących związki między jednostką a państwem”.⁷ W sensie formalnym konstytucja jest pewnego rodzaju faktem prawotwórczym, który charakteryzuje się szczególną mocą prawną, na ogół najwyższą w danym systemie prawnym, *de iure* lub choćby *de facto* wprowadzając w ten system pewną normatywną hierarchię. Po drugie, zwykle na konstytucję składa się jeden, skodyfikowany akt prawny, chociaż – jak wiadomo – nie jest to warunek *sine qua non* i choćby konstytucja Wielkiej Brytanii jest najbardziej znanym wyjątkiem od tej reguły. W końcu ranga konstytucji jest zwykle podkreślona poprzez wyjątkowy charakter ustawodawcy konstytucyjnego (np. konstytuanta), szczególny tryb jej uchwalania (ewentualnie oktrojowania) oraz zmiany, który zwykle odbiega od standardowej procedury legislacyjnej.⁸ Ważniejsze jednak wydają się być materialne cechy konstytucji, które nadają jej szczególne znaczenie; chodzi tutaj przede wszystkim o konieczne elementy treściowe. Zakres owej materii konstytucyjnej rozszerzał się historycznie wraz z kolejnymi generacjami konstytucji.⁹ W najwęższym, podstawowym

⁵ Por. A. Peters, *Compensatory...*, s. 581.

⁶ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 31.

⁷ *Constitution*, [w:] E. A. Martin [red.], *A Dictionary of Law*, 5th ed., Oxford – New York 2002, s. 108.

⁸ *Ibidem*, s. 31–32; A. Peters także upatruje trzech formalnych cech konstytucji w 1) problemie kodyfikacji, 2) supremacji norm konstytucyjnych nad innymi normami tego samego porządku prawnego oraz 3) sposobie ich tworzenia zwykle w warunkach rewolucyjnych poprzez pewnego rodzaju *pouvoir constituant*; por. A. Peters, *Global Constitutionalism Revisited*, [w:] *International Legal Theory* (ASIL) 2005, t. 11, s. 43–46.

⁹ L. Garlicki, *op. cit.*, s. 32–33.

znaczeniu wywodzonym z tradycji XVIII wiecznego konstytucjonalizmu, można postrzegać konstytucję jako katalog fundamentalnych praw wraz z ich podstawowymi gwarancjami instytucjonalnymi państwa prawnego, takimi jak trójpodział władz. Chodzi zatem o aksjologicznie określony typ zachodniej konstytucji liberalno-demokratycznej. W szerszym, funkcjonalnym i zarazem tradycyjnym znaczeniu konstytucja, poza katalogiem praw, określa podstawy legitymizacji ustrojowej, zasadnicze reguły organizacji politycznej, społecznej i gospodarczej, a także wyznacza granice władzy oraz pełni funkcję integrującą daną społeczność (naród).¹⁰ W końcu, jak przekonuje A. Peters, w najszerszym możliwym ujęciu można postrzegać konstytucję jako prawny kamień węgielny organizujący i instytucjonalizujący daną organizację polityczną.¹¹ Chodzi tutaj bardziej o rozumienie konstytucji nie jako tekstu, ale swego rodzaju „*Grundnormy*” lub jako porządku politycznego oraz źródła legitymizacji danego systemu prawnego.¹² W tym znaczeniu mamy więc na myśli konstytucję w sensie materialnym, jako zespół podstawowych reguł i ram „urządzenia” danej społeczności.

Właśnie do tego ostatniego rozumienia zdaje się najsilniej nawiązywać idea konstytucjonalizmu. Jak wskazuje się w literaturze, pod tym pojęciem rozumieć można bardzo wiele: od teoretycznego modelu politycznego, poprzez ideologię, aż po teorię normatywną.¹³ Najczęściej jednak jest identyfikowany z ogólną ideą *Rechtstaat* – państwa prawnego, w którym funkcjonowanie władzy, a nawet samych mechanizmów demokratycznych jest po pierwsze regulowane przez prawo, a po drugie ograniczone przez fundamentalne

¹⁰ Por. A. Peters, *Compensatory...*, s. 585; por. P. Uziębło, *Konstytucjonalizm*, [hasło w:] J. Zajadło [red.], *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2007, s. 156; P. Kierończyk, *Konstytucjonalizm*, [hasło w:] A. Szmyt [red.], *Leksykon prawa konstytucyjnego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2010, s. 194; Zob. D. Vanheule, który dzieli w kontekście funkcjonalnym konstytucje na cztery grupy: 1) constitution as a Charter for Government, 2) Constitution as a Guardian of Fundamental Rights, 3) Constitution as a Covenant, Symbol and Aspiration, 4) Constitution as Sham, Cosmetic or Reality (D. Vanheule, *Comparative constitutional law: deel I*, IELSP, Antwerpia 2005, s. 12–13).

¹¹ A. Peters, *Global...*, s. 46; A. Peters, *Compensatory...*, s. 584.

¹² S. Besson, *op. cit.*, s. 385.

¹³ Tak S. Besson, *op. cit.*, s. 387; P. Uziębło zwraca uwagę, że „w doktrynach angloamerykańskich, jak i prawnonaturalnych doktrynach europejskich dominuje pogląd, że konstytucjonalizm jest ideologią, którą charakteryzują dwa elementy: 1) usytuowanie praw na czele legitymacji prawnego systemu politycznego i 2) odwołanie się do konstytucji jako aktu gwarantującego niniejsze prawa.”; zob. P. Uziębło, *op. cit.*, s. 153.

zasady ustrojowe i prawa podmiotowe (*rule of law*).¹⁴ Wskazuje się też, że „konstytucjonalizm” oznacza coś więcej niż „konstytucja” – jest on emanacją wartości będących podstawą materialnych i proceduralnych instytucji danej konstytucji, oznacza posiadanie przez państwo (społeczność) konkretnego jej typu.¹⁵ Dowodem tego może być przywoływane w literaturze paradoksalne zjawisko występowania „konstytucji bez konstytucjonalizmu” w niektórych niedemokratycznych państwach, kiedy to ustawa zasadnicza pełni funkcję jedynie fasadową, pozorną (*sham constitution*).¹⁶ W takim więc znaczeniu „konstytucjonalizm” wydaje się aspirować do rangi swoistej filozofii idei konstytucyjnej. Mówi się wręcz, że konstytucjonalizm dostarcza ideologicznego kontekstu, w którym powstają konstytucje i działa proces konstytucjonalizacji.¹⁷ Naczelną tezę konstytucjonalizmu jest koncepcja prymatu konstytucji nad danym porządkiem normatywnym.¹⁸

W końcu, nie mniejszym wyzwaniem staje się uchwycenie istoty konstytucjonalizacji. Pojęcie to sugeruje występowanie jakiegoś procesu, który prowadzi do wykształcenia się porządku konstytucyjnego w danym systemie prawnym lub też może oznaczać propagowanie i rozprzestrzenianie się konstytucjonalizmu jako sposobu myślenia o prawie.¹⁹ Konstytucjonalizacja może też sprowadzać się do procesu powstawania konstytucji (jej specyficznego typu, zgodnego z doktryną konstytucjonalizmu) oraz w konsekwencji – prawa konstytucyjnego, a także nabywania cech konstytucyjnych poprzez istniejące już akty prawne.²⁰ „Konstytucjonalizacja” może zatem implikować istnienie

¹⁴ Zob. L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2009, s. 199–207; istnieją różnice w rozumieniu niemieckiej (kontynentalnej) koncepcji *Rechtsstaat* i anglosaskiej *the Rule of Law*, jednak przyjmuje się, że mają one fundamentalny rdzeń znaczeniowy (S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 248 przyp. 7).

¹⁵ Por. A. Peters, *Compensatory...*, *op. cit.*, s. 582.

¹⁶ Zob. na ten temat szeroko H. W. O. Okoth-Ogendo, *Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox*, [w:] D. Greenberg et al. [red.], *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, Oxford 1993, s. 65–82.

¹⁷ N. Tsagourias, *Introduction – Constitutionalism: a theoretical roadmap*, [w:] N. Tsagourias [red.] *Transnational Constitutionalism – International and European Models*, New York 2007, s. 1.

¹⁸ Por. P. Uziębło, *op. cit.*, s. 154.

¹⁹ Por. A. Peters, K. Armingeon, *Introduction – Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2009, t.16, nr 2, s. 389.

²⁰ *Ibidem*.

w konkretnym czasie stadium przejściowego na drodze ku konstytucji lub konstytucjonalizmowi, oznacza więc pewną dynamiczną przemianę.

III. Konstytucjonalizm w wymiarze globalnym

1. Miejsce konstytucji w społeczności międzynarodowej.

Opisane powyżej terminy mają swoje względnie zdefiniowane doktrynalnie znaczenie na gruncie prawa konstytucyjnego i krajowych porządków prawnych. Jednak powstaje pytanie, czy można je odnieść wprost do systemu prawa międzynarodowego? Najwięcej kontrowersji budzi być może samo pojęcie międzynarodowej „konstytucji”, ponieważ tradycyjnie konstytucja jako urządzenie normatywne jest związana ściśle z państwem.²¹ Jak podkreślają jednak protagoniści koncepcji międzynarodowego konstytucjonalizmu, idea konstytucji nigdy nie była zarezerwowana do użytku krajowego i żadna jej cecha nie wyłącza rozważań o konstytucji w kontekście ponadnarodowym.²² Podobnie, co jest godne szczególnego podkreślenia, idea konstytucji w wymiarze globalnym nie musi w żaden sposób implikować założeń o powstaniu państwa światowego.²³ Jak trafnie wskazuje J. Habermas:

„Wydaje mi się bardziej obiecujące podjęcie Kanta idei kosmopolitycznej konstytucji na koniecznym poziomie abstrakcji celem uwolnienia pojęcia konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego od idei światowej republiki, która jest słusznie odrzucana.”²⁴

W ten sposób można umiejscowić konstytucjonalizację prawa międzynarodowego oraz samą hipotetyczną konstytucję światową w przestrzeni ponadnarodowej, ale jednak niekoniecznie uniwersalistycznej, kojarzonej z wizją społeczności światowej lub zjednoczonego politycznie *imperium mundi*. Jest ona raczej związana z tradycją racjonalistyczną i liberalną społeczności

²¹ Zob. A. Peters, *Compensatory...*, s. 581.

²² *Ibidem*; por. K. Milewicz, *Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework*, Indiana Journal of Global Legal Studies 2009, t. 16, nr 2, 2009, s. 422.

²³ Zob. B. Fassbender, *The Meaning of International Constitutional Law*, [w:] N. Tsagourias, *op. cit.*, s. 311; por. P. Capps, *The Rejection of the Universal State*, [w:] N. Tsagourias, *op. cit.*, s. 17–43; podobnie A. Peters, *Compensatory...*, s. 610.

²⁴ J. Habermas, *The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society*, *Constellations* 2008, t. 15, nr 4, s. 444.

międzynarodowej, która mimo obecności aktorów pozapaństwowych pozostaje mimo wszystko w przeważającej części społecznością państw. Proces konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego oznaczałby umieszczenie w politycznym i aksjologicznym centrum procesów globalnych właśnie tak rozumianej społeczności międzynarodowej jako nowego zbiorowego podmiotu prawa, natomiast efektem tego procesu byłoby stworzenie konstytucji społeczności międzynarodowej. Owa społeczność jest przy tym rozumiana przede wszystkim jako „międzynarodowa wspólnota prawa” (*international legal community*), rządzona nie przez siłę (lub nie tylko przez siłę), ale przez prawo i zarazem istniejąca przede wszystkim w wymiarze normatywnym.

Odpowiedzi wymaga jednak pytanie o cechy konstytucji międzynarodowej. Podobnie jak w przypadku konstytucji krajowych, także w dyskusji nad konstytucjonalizacją prawa międzynarodowego dominuje podział na konstytucje formalne i materialne. Należy jednak podkreślić, że rozróżnienie to ma w tym miejscu charakter wyłącznie konceptualny i nie zmierza do argumentowania za zasadniczą możliwością całkowitego rozdzielenia formy od treści prawa konstytucyjnego w wymiarze międzynarodowym.²⁵

2. Formalna koncepcja konstytucji społeczności międzynarodowej

Zwolennicy formalnego spojrzenia na konstytucjonalizm doszukują się bezpośrednich analogii do krajowej konstytucji w wymiarze międzynarodowym. Najbardziej znaną propozycją jest traktowanie Karty Narodów Zjednoczonych (KNZ) jako odpowiednika konstytucji na gruncie systemu prawa międzynarodowego.²⁶ B. Fassbender uważa, że proces konstytu-

²⁵ Należy zgodzić się w tym miejscu z A. L. Paulusem, że w przypadku konstytucji rozdział formy od treści nie jest możliwy. Z jednej strony istnienie konstytucji oznacza funkcjonowanie materialnych standardów, które muszą być spełnione na gruncie całego systemu prawnego. Z drugiej strony, aby zyskać efektywność, konstytucja potrzebuje także skutecznych mechanizmów implementacyjnych. Zob. A. L. Paulus, *The International Legal System as a Constitution*, [w:] J. L. Dunoff, J. P. Trachtman, *op. cit.*, s. 87–88.

²⁶ Zob. np. B. Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden – Boston 2009, 216 s.; B. Fassbender, *The United Nations Charter As Constitution of the International Community*, *Columbia Journal of Transnational Law* 1998, t. 36, s. 529–619; w polskiej literaturze zob. J. Kolasa, *Normatywne podstawy jedności prawa międzynarodowego. Zarys problemu*, [w:] J. Kolasa, A. Kozłowski [red.], *Rozwój prawa międzynarodowego – jedność czy fragmentacja?*, Wrocław 2007, s. 11–38; a także T. Jasudowicz *et al.*, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 47–48.

cjonalizacji prawa międzynarodowego dokonuje się pod postacią Karty Narodów Zjednoczonych, która *ab initio* była zaprojektowana właśnie jako konstytucja społeczności międzynarodowej, przebrana jedynie – ze względów politycznych – w szaty zwykłego traktatu.²⁷ Już sama nazwa „Karta” podkreślać miała jej szczególny, konstytucyjny charakter. Na potwierdzenie tej tezy, autor stwierdza, iż KNZ spełnia co najmniej kilka formalnych wymogów stawianych konstytucji przez podejście funkcjonalne,²⁸ mianowicie: konstytuuje zarówno wertykalny jak i horyzontalny system zarządzania (*governance*) w prawie międzynarodowym, definiuje członkostwo społeczności międzynarodowej, przyznaje sobie pierwszeństwo stosowania przed normami ‘zwykłego’ prawa międzynarodowego (art. 103 KNZ) oraz jak każda konstytucja poprzez ograniczenie możliwości nowelizacji (art. 109), aspiruje do rangi dokumentu trwałego, ponadczasowego.²⁹ Podnosi się także przełamanie przez KNZ zasady *pacta tertiis nec nocent, nec possunt* (art. 2 ust. 6), wykluczenie możliwości zgłaszania zastrzeżeń do jej postanowień oraz wymóg zgodności z celami i zasadami KNZ organizacji i układów regionalnych (art. 52 ust. 1).³⁰ Ważną cechą jest także obecność elementu ponadnarodowego (w przeciwieństwie do międzynarodowego) w instytucjonalnej architekturze systemu NZ stworzonego przez Kartę – wprowadzono podział władzy (kompetencji) między sześć podstawowych organów,³¹ a przy podejmowaniu niektórych decyzji, zwłaszcza w Radzie Bezpieczeństwa, nie jest wymagany konsensus, a jedynie ważona większość głosów.³² Zwolennicy koncepcji Karty jako konstytucji dowodzą, że praktyka międzynarodowa w istocie stawia KNZ w pewnym centrum prawnomiędzynarodowego porządku normatywnego; Karta Organizacji Państw Amerykańskich, Statut

²⁷ B. Fassbender, *Rediscovering a Forgotten Constitution: Notes on the Place of the UN Charter in the International Legal Order*, [w:] J. L. Dunoff, J. P. Trachtman, *op. cit.*, s. 133.

²⁸ Zob. J. L. Dunoff, J. P. Trachtman, *A Functional Approach to International Constitutionalization*, [w:] J. L. Dunoff, J. P. Trachtman, *op. cit.*, s. 3–35.

²⁹ Zob. B. Fassbender, *Rediscovering...*, s. 140.

³⁰ T. Jasudowicz, *op. cit.*, s. 47–48.

³¹ Są nimi wymienione w KNZ: Zgromadzenie Ogólne, Rada Bezpieczeństwa, Rada Powiernicza, Rada Społeczno-Gospodarcza, Sekretariat oraz Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości. Rada Powiernicza, jak wiadomo, *de facto* utraciła współcześnie swoje znaczenie w wyniku dekolonizacji (zob. J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe. Wprowadzenie do systemu*, Warszawa 2004, s. 43 i 49).

³² Zob. M. W. Doyle, *The UN Charter – A Global Constitution?*, [w:] J. L. Dunoff, J. P. Trachtman, *op. cit.*, s. 115.

Rady Europy, Pakt Północnoatlantycki, Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, wiedeńska Konwencja o stosunkach dyplomatycznych (1961), czy też Konwencja o prawie morza (1982) – to tylko niektóre ważne akty prawne deklarujące w różnych miejscach zgodność z KNZ lub zakaz uchybiania jej postanowieniom.³³ Jest to tylko jeden z wielu przejawów wskazywanego przez J. Kolasę najważniejszego argumentu za konstytucyjnością Karty, a mianowicie „stałego, konsekwentnego i spójnie rozszerzającego się rozwoju prawno instytucjonalnego systemu prawa międzynarodowego przez Kartę, wokół Karty i pod egidą Narodów Zjednoczonych”.³⁴ Takie spojrzenie na KNZ rodzi poważne konsekwencje, gdyż oznacza, że dokument ten staje się podporą i ramą dla całego prawa międzynarodowego oraz konstruuje wyższy poziom normatywny w hierarchii norm tego porządku prawnego.³⁵ W konsekwencji, jak przyznaje B. Fassbender, nie ma już miejsca na kategorię „powszechnego prawa międzynarodowego” istniejącego poza Kartą.³⁶

Z drugiej jednak strony ewidentnym jest, że tak przedstawiona formalna konstytucja społeczności międzynarodowej ma swoje poważne wady, a jednym z podstawowych zarzutów jest brak zawarcia bezpośrednio w Karcie katalogu podstawowych praw człowieka (*international bill of rights*), co jest cechą charakterystyczną niemal każdej konstytucji.³⁷ Z drugiej strony, trzeba jednak zauważyć, że w Karcie spisano podstawowe cele i zasady NZ do pewnego minimalnego stopnia zapewniające jej aksjologiczny fundament oraz określające prawa członków tradycyjnej społeczności międzynarodowej – czyli państw. Ponadto wskazuje się w związku z powyższym, że wiele innych aktów prawa międzynarodowego (m.in. dwa Pakty Praw Człowieka, Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, Konwencja o prawie traktatów, Konwencja o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa) może także mieć uzasadnione aspiracje do rangi dokumentów konstytucyjnych, stąd Karta

³³ *Ibidem*, s. 141–143.

³⁴ J. Kolasę, *op. cit.*, s. 14.

³⁵ B. Fassbender, *The Meaning...*, s. 324.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Trzeba jednak zauważyć, że brak ujęcia katalogu praw w KNZ był wynikiem politycznego kompromisu; dzieląca się już powoli na dwa bloki społeczność międzynarodowa pod koniec II wojny światowej potrzebowała sprawnego przyjęcia fundamentalnego traktatu ustanawiającego podstawowe ramy organizacyjne. Negocjowanie katalogu praw mogłoby odsunąć przyjęcie KNZ w daleką przyszłość. Odwołanie do poszanowania praw człowieka w art. 1 ust. 3 KNZ traktować jednak należy jako argument za wolą blankietowego włączenia ich w zakres Karty. (zob. T. Jasudowicz, *op. cit.*, s. 48–49).

z pewnością nie jest wyczerpującą „konstytucją” w sensie formalnym. W literaturze powstała nawet koncepcja kategorii „traktatów porządku światowego” (*world order treaties*),³⁸ którą to nazwę można przypisać – jak się wydaje – nie tylko KNZ. Zwolennicy koncepcji KNZ jako konstytucji społeczności międzynarodowej nie widzą jednak w tych argumentach niczego ujmującego swoim poglądom, gdyż jak utrzymuje B. Fassbender, Kartę należy oczywiście postrzegać jako część bardziej powszechnego i globalnego procesu konstytucyjnego w społeczności międzynarodowej; jest ona z natury rzeczy jedynie „ramową konstytucją” wspólnoty międzynarodowej, uzupełnianą przez inne źródła.³⁹ Jednak w tym miejscu pojawiają się dalsze poważne wątpliwości, gdyż okazuje się, że ani KNZ nie jest konstytucyjnym źródłem pierwotnym całego prawa międzynarodowego zgodnie z ideałem konstytucji jako *Grundnorm* systemu prawnego, ani też całe prawo międzynarodowe nie podlega prawotwórczej kontroli Narodów Zjednoczonych.⁴⁰ W zamian za to Karta wydaje się jedynie odzwierciedlać „rozłączny i zdecentralizowany” charakter porządku międzynarodowego.⁴¹

3. Materialna koncepcja konstytucji społeczności międzynarodowej

Spojrzenie na problem konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego w aspekcie materialnym abstrahuje od istnienia formalnej konstytucji jako jednego aktu lub grupy aktów prawnych, którym można by przypisać taki charakter, a przynajmniej uznaje ten aspekt za drugorzędny. W tym wypadku należałoby prawdopodobnie mówić raczej o międzynarodowym prawie konstytucyjnym społeczności międzynarodowej w miejsce „konstytucji”. Można je rozumieć jako zbiór materialnie i formalnie nadrzędnych norm prawa międzynarodowego, które konstytuują podstawy dla wszystkich innych reżimów specjalnych i norm prawa międzynarodowego.⁴² Chodzi o najważ-

³⁸ B. Fassbender uważa jednak, że tego typu traktaty pełnią funkcję subsydiarną w stosunku do Karty i nazywa je „Constitutional By-Laws”, swego rodzaju konstytucyjnymi aktami wykonawczymi rozwijającymi postanowienia KNZ, które jednak mają według niego rangę jak najbardziej konstytucyjną. Przypominają one konstrukcję „ustaw konstytucyjnych” znaną z dogmatyki prawa konstytucyjnego (zob. B. Fassbender, *The United Nations Charter...*, *Columbia Journal of Transnational Law*, s. 588–589).

³⁹ Zob. B. Fassbender, *Rediscovering...*, s. 145–146.

⁴⁰ Zob. M. W. Doyle, *op. cit.*, s. 113–114.

⁴¹ *Ibidem*, s. 114.

⁴² Zob. S. Besson, *op. cit.*, s. 387.

niejsze normy regulujące i instytucjonalizujące funkcjonowanie społeczności międzynarodowej w znaczeniu szerokim (obejmującej nie tylko państwa, ale też inne podmioty prawa międzynarodowego).⁴³ Nie wydaje się tutaj istotne w ilu aktach są one skodyfikowane i czy w ogóle, gdyż często należą one do zwyczajowego prawa międzynarodowego. Brak owej kodyfikacyjnej jedności nie jest problemem, skoro nawet w przypadku konstytucji narodowych zdarzają się takie, które źródło norm rangi konstytucyjnej czerpią z różnych aktów lub wręcz są niespisane, a kazus konstytucji Wielkiej Brytanii znów stanowi w tym miejscu tradycyjny przykład.

Problem polega jednak na nieokreśloności tej materii konstytucyjnej i, jak była o tym mowa powyżej, możliwości zajęcia różnych stanowisk co do jej zakresu – od konstytucyjnego minimalizmu, aż po postrzeganie w konstytucji źródeł wszelkiej legitymizacji systemu prawnego. A. Verdross uważał, że na konstytucję społeczności międzynarodowej składają się fundamentalne zasady i reguły dotyczące źródeł, podmiotów prawa oraz rozdziału kompetencji jurysdykcyjnej między poszczególne państwa.⁴⁴ Również w tym duchu zwolennicy podejścia funkcjonalnego zgadzają się, że normy konstytucyjne obejmowałyby z pewnością tę część prawa międzynarodowego, która konstytuuje aktorów (czyli co najmniej normy dotyczące definicji i atrybutów państwa oraz organizacji międzynarodowych), następnie meta-normy dotyczące źródeł prawa (prawo traktatów, reguły uznania norm zwyczajowego prawa międzynarodowego), a także fundamentalne normy międzynarodowego prawa praw człowieka, postrzegane jako ograniczenia władzy państwowej lub ponadnarodowej.⁴⁵ Niewątpliwie należałoby tutaj zaliczyć także normy spełniające funkcje symboliczne, spajające aksjologicznie i teleologicznie społeczność międzynarodową, a więc m.in. te wynikające z Karty NZ.⁴⁶ B. Fassbender uważa, że ten katalog fundamentalnych konstytucyjnych norm społeczności międzynarodowej można przyrównać do zawartości części ogólnej wykładu z prawa międzynarodowego widzianej w opozycji do omówienia reguł szczegółowych reżimów prawnych tego systemu, takich jak prawo morza lub prawo dyplomatyczne.⁴⁷ Pojawia się jednak w tym miejscu problem kryte-

⁴³ Por. A. Peters, *Compensatory...*, s. 582, 585.

⁴⁴ Podaje za B. Fassbender, *The meaning of International Constitutional Law*, [w:] N. Tsagourias [red.], *op. cit.*, s. 315.

⁴⁵ Por. A. Peters, *Compensatory...*, s. 599.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Zob. B. Fassbender, *The Meaning...*, s. 316.

rium jasnego rozgraniczenia norm konstytucyjnych od innych, „zwykłych” norm systemu spełniających te funkcje. Sprawia to w praktyce spory kłopot, gdyż zarówno kryterium „fundamentalności”, jak i podejście funkcjonalne odwołujące się do ich celu kreacyjnego, organizacyjnego, integracyjnego czy rozgraniczającego sfery kompetencji nie jest wystarczająco wyraźne.⁴⁸ Pewną wskazówką interpretacyjną może być w tej sytuacji przywoływana koncepcja podziału reguł prawnych na pierwotne i wtórne autorstwa H.L.A. Harta, przy czym normy konstytucyjne w prawie międzynarodowym miałyby mieć właśnie charakter wtórny i dotyczyć uznawania ważności oraz zmiany podstawowych reguł o charakterze pierwotnym (pozostałych norm prawa międzynarodowego).⁴⁹ Jednak jak się wydaje, powyższe przybliżenia nie są wystarczające, aby jednoznacznie oddzielić reguły rangi konstytucyjnej od pozostałych, gdyż takie rozróżnienie byłoby możliwe jedynie w przypadku sformalizowania konstytucji społeczności międzynarodowej.

4. Globalny konstytucjonalizm?

Bez względu na to, czy przychylniej spojrzy się na bardziej formalną lub materialną wizję konstytucji społeczności międzynarodowej, wydaje się jasne, że w żadnym wypadku nie jest to konstytucja kompletna ani pełna, przynajmniej oceniając według standardów konstytucjonalizmu jako filozofii tradycyjnej konstytucji narodowej. Jeśli nawet, co jest prawdopodobne, mamy do czynienia na poziomie międzynarodowym z pewną formą konstytucji oraz konstytucjonalizacji *in statu nascendi*, to najprawdopodobniej można przy tym mówić jedynie o „konstytucjonalizmie globalnym” przez małe „k”.⁵⁰ Różni się on od swojego historycznego kuzyna, konstytucjonalizmu narodowego, zwłaszcza pod względem ideologiczno-aksjologicznych aspiracji.

Konstytucjonalizm międzynarodowy jest przede wszystkim próbą opisanego prawa międzynarodowego jako spójnego systemu prawnego, uporządkowania go i dostrzeżenia pewnej wewnętrznej normatywnej struktury i hierarchii oraz – być może – redefinicji podstaw obowiązywania tego porządku prawnego

⁴⁸ Por. A. Peters, *Compensatory...*, s. 599.

⁴⁹ Por. B. Fassbender, *The Meaning...*, s. 315–316; zob. J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 487–488.

⁵⁰ Zob. M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and between the State*, [w:] J. L. Dunoff, J. P. Trachtman, *op. cit.*, s. 260.

lub jego części.⁵¹ Podnosi się, że jest on w stanie, oczywiście uwzględniając specyfikę prawa międzynarodowego, realizować pewne tradycyjne cele jak ograniczanie władzy poprzez rządy prawa (co ma nawiązywać do podstawowej dla konstytucjonalizmu idei *rule of law*) oraz kształtowanie prawnej spójności systemu poprzez szeroko akceptowaną kategorię normatywną zasad prawa międzynarodowego.⁵² Jednak nie wydaje się, aby konstytucjonalizm globalny miał na celu wskazywanie suwerena, generowanie hierarchii władzy w systemie międzynarodowym oraz jej podział, ani też kreowanie jednej nadrzędnej, spójnej struktury politycznej w ramach danej społeczności, w tym wypadku społeczności międzynarodowej.⁵³ Nie musi to jednak oznaczać automatycznie, że konstytucjonalizm w wymiarze globalnym jest gorszą, uboższą lub ewolucyjnie wcześniejszą wersją konstytucjonalizmu narodowego. Często staje się on ofiarą zbyt prostych porównań do tego drugiego, które ze względu na odmienny charakter społeczności międzynarodowej są nieuprawnione.⁵⁴ Trafna jest opinia, że konstytucjonalizm globalny oraz całą ideę konstytucyjną na gruncie prawa międzynarodowego, mimo oczywistej analogii i podbudowy jaką otrzymuje od konstytucjonalizmu narodowego, należy pojmować mimo wszystko jako koncepcję autonomiczną, a nie jako ekstrapolację narodowego prawa konstytucyjnego lub też konstytucyjnych tradycji konkretnego państwa.⁵⁵ To samo można orzec o idei „konstytucji” jako takiej, która na poziomie społeczności międzynarodowej niekoniecznie musi, a prawdopodobnie nie będzie nigdy w stanie, spełnić wszystkich wymogów konstytucji *par excellence*.

5. Symbioza konstytucjonalizmu globalnego i narodowego: Verfassungskonglomerat

Wspomniana wyżej autonomiczność procesów konstytucyjnych na poziomie międzynarodowym nie oznacza jednak, że możliwe jest łatwe odseparowanie konstytucyjnej sfery międzynarodowej od wewnętrznej.⁵⁶

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Por. W. Werner, *The never-ending closure: constitutionalism and international law*, [w:] N. Tsagourias, *op. cit.*, s. 348–351.

⁵³ Por. M. Kumm, *op. cit.*, s. 260; por. N. Tsagourias, *op. cit.*, s. 2.

⁵⁴ Por. N. Tsagourias, *op. cit.*, s. 4–5.

⁵⁵ Por. B. Fassbender, *The meaning...*, s. 325.

⁵⁶ Zob. A. Peters, *Compensatory...*, s. 591.

Wraz ze zmieniającym się kształtem społeczności międzynarodowej, ewolucji podlega także charakter państwa jako jej podstawowego podmiotu. Przede wszystkim przemiany zachodzą w zakresie suwerenności państwowej, a jednym z podstawowych skutków tego procesu jest zawężenie lub powiązanie ze standardami międzynarodowymi *domaine réservé*, czyli sfery spraw należących do wyłącznej wewnętrznej kompetencji państwa. W następstwie szereg kwestii konstytucyjnych, w tym przede wszystkim ochrona praw człowieka, a nawet standardy ustrojowe (zwłaszcza w zakresie ustroju gospodarczego państwa) podlegają wymogom, ocenie, a niejednokrotnie kontroli i sankcjom ze strony czynników międzynarodowych, w tym normom prawa międzynarodowego oraz działalności techniczno-organizacyjnej i badawczej organizacji międzynarodowych.⁵⁷ Efektem tego jest niejednokrotnie coraz szersza ingerencja prawa międzynarodowego bezpośrednio w obszar narodowego prawa konstytucyjnego,⁵⁸ w zakresie choćby praw jednostek, ochrony środowiska naturalnego, jurysdykcji karnej czy też źródeł prawa. Jednym z ciekawszych przykładów takich procesów w ostatniej dekadzie jest nowa konstytucja federalna Szwajcarii z 1999 r., która stanowi że jakiegokolwiek jej zmiany nie mogą naruszać norm peremptoryjnych prawa międzynarodowego.⁵⁹ Ustawodawca konstytucyjny dawno nie dysponuje już omnipotencją w zakresie materii konstytucyjnej; w coraz szerszym zakresie następuje dewolucja kompetencji do kształtowania tych norm na poziomie międzynarodowym, choćby za pośrednictwem organizacji rządowych i pozarządowych (NGOs).⁶⁰ Z drugiej jednak strony, jak

⁵⁷ Z ciekawym przykładem pokazującym potencjalną skalę „rykoszetowego” oddziaływania praktyki międzynarodowej i standardów tworzonych przez organizację międzynarodową mieliśmy do czynienia pod koniec 2009 r., gdy dr Janusz Kochanowski, Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił z pytaniami do Rządu RP o politykę dotyczącą szczepień ochronnych przeciwko grypie typu A/H1N1, podnosząc przy tym zarzuty możliwości naruszenia praw i wolności obywatelskich gwarantowanych przez Konstytucję RP. Na poparcie swoich opinii i stanowiska w sprawie RPO powoływał się na wyniki badań oraz zalecenia Światowej Organizacji Zdrowia. Zob. *Wystąpienie dr Janusza Kochanowskiego, Rzecznika Praw Obywatelskich, na konferencji prasowej poświęconej obecnej sytuacji epidemiologicznej kraju, ze szczególnym uwzględnieniem grypy A/H1N1*, 13 listopada 2009, dostępne on-line: <<http://www.rpo.gov.pl/pliki/12581077090.pdf>>, ostatnio wyświetlone: 30.12.2009.

⁵⁸ Por. A. Peters, *Compensatory...*, s. 591.

⁵⁹ Por. Art 193 i 194 Konstytucji Federalnej Konfederacji Szwajcarskiej; zob. także B. Fassbender, *The Meaning...*, s. 318.

⁶⁰ A. Peters, *Compensatory...*, s. 591–593.

była mowa powyżej, konstytucjonalizacja w prawie międzynarodowym nie jest kompletna według standardów konstytucjonalizmu narodowego, co jest przede wszystkim efektem różnic strukturalnych między państwem narodowym a społecznością międzynarodową oraz nieco odmiennych celów konstytucjonalizmu narodowego i globalnego.

Wszystko to może prowadzić do poglądu, że oba rodzaje porządków konstytucyjnych przenikają się i mogą się subsydiarnie uzupełniać. Ponieważ uniwersalistyczna konstrukcja światowego państwa federalnego nie jest w rzeczywistości ani obecna, ani konieczna czy nawet pożądana, nie musi także zachodzić prosta hierarchia między konstytucją narodową a globalną. Możliwe jest że tworzą one raczej transnarodową konstytucyjną, symbiotyczną sieć (*network*)⁶¹ i kompensują sobie wzajemne braki, tworząc pełną konstytucyjną ochronę na różnych poziomach *global governance*.⁶² Taki uzupełniający się układ jest wręcz konieczny i jak argumentują niektórzy, jest odpowiedzią na przesuwanie się ciężaru podejmowania decyzji w sektorze publicznym z poziomu narodowego na struktury międzynarodowe.⁶³ E. de Wet nazwała ten układ *Verfassungskonglomerat*, co można tłumaczyć jako „konglomerat konstytucyjny”, definiując go jako układ narodowych i post-narodowych (międzynarodowych i regionalnych) porządków konstytucyjnych uzupełniających się wzajemnie i umożliwiających kontrolę nad procesem politycznym w coraz bardziej integrującym się międzynarodowym porządku prawnym.⁶⁴ Najbardziej oczywistym i rozwiniętym przykładem takiej symbiozy konstytucyjnej wydaje się być prawo praw człowieka, bazujące zarówno na implementowanych w prawie krajowym i konstytucjach narodowych środkach ochrony, jak również na bezpośrednim stosowaniu instrumentów międzynarodowych, takich jak choćby reżim europejski oparty na Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

⁶¹ *Ibidem*, s. 591, 601–602; zob. też A. Peters, *Global...*, s. 63–64.

⁶² Por. A. Peters, *Global...*, s. 41–42.

⁶³ E. de Wet, *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, *Leiden Journal of International Law* 2006, t. 19, s. 612.

⁶⁴ *Ibidem*.

IV. Procesy konstytucyjne w społeczności międzynarodowej

1. *Ius cogens*, zobowiązania *erga omnes* i hierarchizacja prawa międzynarodowego

Bez względu na konkretny kształt i efekty konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego, formę konstytucji społeczności międzynarodowej oraz jej relację z narodowym konstytucjonalizmem, trzeba przykładowo wymienić pewne zjawiska we współczesnym prawie międzynarodowym, które można by określić mianem „procesów konstytucyjnych”. Mogą one stanowić przejawy nie zawsze skoordynowanego działania sił konstytucyjnych w prawie międzynarodowym, odzwierciedlających dążenie do większej zwartości i spójności systemu.

Normy peremptoryjne (*ius cogens*) stanowią niewątpliwie jeden z podstawowych przyczynków do konstytucyjnej interpretacji prawa międzynarodowego. Definicja legalna norm bezwzględnie wiążących znajduje się w art. 53 KWPT⁶⁵, który stanowi:

„Traktat jest **nieważny**, jeżeli w chwili jego zawarcia jest spreczny z imperatywną normą powszechnego prawa międzynarodowego. W rozumieniu niniejszej konwencji imperatywną normą powszechnego prawa międzynarodowego jest norma przyjęta i uznana przez **międzynarodową społeczność państw jako całość**, za normę, od której **żadne odstępstwo nie jest dozwolone** i która może być zmieniona jedynie poprzez późniejszą normę powszechnego prawa międzynarodowego o tym samym charakterze” [podkr. – T.W.]

Nie ma niestety pełnej zgodności co do katalogu norm *ius cogens*; niewątpliwie można zaliczyć tutaj zakaz użycia siły lub groźby jej użycia w stosunkach międzynarodowych, zakaz interwencji, prawo do samostanowienia, zakaz ludobójstwa, tortur, handlu niewolnikami oraz piractwa.⁶⁶ W tym miejscu niemożliwa jest pełniejsza analiza złożonej natury tego rodzaju norm prawa międzynarodowego. Mimo generalnej nieokreśloności norm *ius cogens*, wynikającej przede wszystkim z zachowawczego stosunku MTS do tej konstrukcji prawnej, w nowszej literaturze porusza się m.in. kwestię granic i ram prawnych dla rezolucji RB ONZ wynikających z podporządkowania

⁶⁵ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów.

⁶⁶ Zob. J. Barcik, T. Srogosz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2007, s. 82; M. N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2006, s. 101–102; por. A. L. Paulus, *op.cit.*, s. 88–89.

ich postanowień normom *ius cogens*,⁶⁷ czy też ścisłego związku norm imperatywnych z reżimem ochrony praw człowieka oraz peremptoryjny charakter norm międzynarodowego prawa praw człowieka.⁶⁸ Szczególne znaczenie tych norm, leżące u źródeł wykształcenia się tej kategorii oraz nadania jej prymatu przed wszystkimi innymi normami prawa międzynarodowego,⁶⁹ wydaje się polegać na tym, że pełnią one funkcję ochrony najbardziej fundamentalnych wartości wspólnych i krytycznych dla bezpieczeństwa całej społeczności międzynarodowej, stając się w ten sposób jądrem „norm interesu publicznego” w prawie międzynarodowym.⁷⁰

O ile normy peremptoryjne przywoływane są jako jeden z argumentów na rzecz rudymen tarnej hierarchizacji norm w prawie międzynarodowym,⁷¹ o tyle inna koncepcja zobowiązań *erga omnes* akcentuje właśnie interes publiczny, wynosząc prawo międzynarodowe ponad jego tradycyjny charakter kontraktualny. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku norm imperatywnych, w sytuacji normowanej za pomocą norm *erga omnes*, zobowiązanie jest zaciągane nie w stosunku do jakiegokolwiek innego, indywidualnie określonego podmiotu prawa międzynarodowego, ale wobec społeczności międzynarodowej jako całości (*international community as a whole*).⁷² Naruszenie takiej normy godzi więc niejako w samo dobro społeczności międzynarodowej, czyli swego rodzaju interes publiczny. Katalog zobowiązań typu *erga omnes* pokrywa się

⁶⁷ Zob. np. A. Orakhelashvili, *The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions*, European Journal of International Law 2005, t. 16, nr 1, s. 59–88.

⁶⁸ Zob. np. A. Bianchi, *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*, European Journal of International Law 2008, t. 19, nr 3, s. 491–508.

⁶⁹ Pewne wątpliwości może budzić relacja między koncepcją *ius cogens* a pierwszeństwem norm z KNZ wyrażonym w art. 103 KNZ. Przeważa jednak opinia, że normy imperatywne mają pierwszeństwo zawsze, także przed normami z KNZ. Na takim stanowisku stanął w swojej opinii ws. Bośni sędzia MTS E. Lauterpacht (zob. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1993, ICJ Rep. 4, 440, par. 100); A. Peters, *Compensatory...*, s. 598; M. N. Shaw, *op. cit.*, s. 102; szerzej na ten temat zob. także J. Kolasa, *op. cit.*, s. 29–32.

⁷⁰ O koncepcji „normy interesu publicznego” obejmującej jednak szerszy katalog niż tylko normy imperatywne A. Peters, *Compensatory...*, s. 601.

⁷¹ Por. na ten temat D. Shelton, *Normative Hierarchy in International Law*, American Journal of International Law 2006, t. 100, nr 2, s. 291–323.

⁷² W. Czapliński, A. Wyrozum ska, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, s. 4.

częściowo z normami *ius cogens*,⁷³ pamiętać jednak należy że w tym wypadku mamy do czynienia z innym kryterium wyróżnienia i z pewnością nie ma konsensusu co do tego, aby wszystkie zobowiązania *erga omnes* stanowiły równocześnie normy imperatywne. Ponadto, międzynarodowe prawo praw człowieka z tytułu stojącego za nim uzasadnienia prawnonaturalnego kreuje w większości zobowiązania *erga omnes*, ponieważ chroniona przez nie wartość godności jednostki ludzkiej rodzi interes prawny do jej ochrony po stronie całej społeczności międzynarodowej.

Należy zgodzić się z J. Kolasą, że koncepcja normy *erga omnes* jako z jednej strony fundamentalnej dla porządku prawnego ze względu na jej orientację na zabezpieczenie wspólnych całej społeczności międzynarodowej wartości i interesów, a z drugiej adresowanej do wszystkich razem i każdego z osobna członków społeczności międzynarodowej, nadaje jej efekt typowo konstytucyjny.⁷⁴ Zobowiązania o charakterze *erga omnes*, a także normy peremptoryjne stanowią normatywny fundament pojmowania społeczności międzynarodowej jako osobnego podmiotu i aksjologicznej wspólnoty, stanowiącej nową jakość, coś więcej niż tylko sumę swoich członków. System prawny posługujący się zarówno konstrukcją *erga omnes*, jak i formalnymi elementami hierarchizacji w postaci norm imperatywnych przestaje służyć wyłącznie koegzystencji, a więc regulacji konfliktów między przeciwnymi interesami poszczególnych członków społeczności. Przenosząc pewne normy „poza zasięg” państw dowodzi, że czysto kontraktualna z początku „społeczność z konieczności” mająca na celu wyłącznie zabezpieczenie istnienia poszczególnych jej członków, zaczęła żyć własnym życiem i chronić swoje odrębne, wspólnotowe wartości i interesy, tworząc odrębny międzynarodowy porządek publiczny (*ordre public*). Istnienie tych konstrukcji, jakkolwiek niedoskonałych i nie zawsze skutecznie spełniających swą rolę,⁷⁵ może być

⁷³ Orzecznictwo MTS-u zalicza do zobowiązań *erga omnes* m.in.: zakaz agresji i ludobójstwa, ochronę przed niewolnictwem i dyskryminacją rasową, zakaz stosowania tortur oraz prawo narodów do samookreślenia; zob. M.N. Shaw, *op. cit.*, s. 101.

⁷⁴ Por. J. Kolasę, *op. cit.*, s. 31.

⁷⁵ Według opinii W. Czaplińskiego i A. Wyrozumskiej na podstawie analizy orzecznictwa MTS, zwłaszcza w sprawie *Timoru Wschodniego* (ICJ Rep. 1995), nie ma jednak niestety możliwości skutecznego dochodzenia naruszenia zobowiązań *erga omnes* przed MTS przez państwa niebędące bezpośrednio stroną sporu o naruszenie tego typu norm. Innymi słowy, jak ujmują to trafnie autorzy: „*actio popularis* jako generalne uprawnienie proceduralne przysługujące w celu windykacji interesu ogólnego nie zostało jeszcze uznane we współczesnym prawie międzynarodowym”. We wspomnianym orzeczeniu MTS konstatuje: „Trybunał nie

postrzegane jako bezpośredni dowód na istnienie owych wspólnych wartości, interesów i praw zbiorowego podmiotu.

2. Supra-nacjonalizm i nowa rola Rady Bezpieczeństwa

W okresie przed 1989 r. problemem systemu ONZ był brak decyzyjności, pasywność oraz – w konsekwencji – nieefektywność działania Rady Bezpieczeństwa. Na przestrzeni ostatnich dwóch dekad sytuacja odwróciła się; Rada nie tylko aktywnie podjęła swoją misję w zakresie ochrony międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, a wręcz przyjęła według niektórych nawet zbyt aktywistyczną postawę.⁷⁶ Pojawiła się silna prawotwórcza działalność Rady Bezpieczeństwa, która korzystając z ogólnej podstawy prawnej, jaką daje art. 25 KNZ w połączeniu z rozszerzającą interpretacją pojęcia „zagrożenia lub naruszenia pokoju” z art. 39 KNZ i coraz częstszego sięgania do kompetencji z rozdziału VII Karty, zaczęła *de facto* tworzyć bezpośrednio wiążące członków ONZ normy prawa międzynarodowego, mogące w pewnych wypadkach zastępować lub omijać postanowienia traktatowe.⁷⁷ Prawodawstwo to obejmowało m.in. daleko idącą Rezolucję 1373 dotyczącą zwalczania terroryzmu, czy też Rezolucję 1540 dotyczącą broni masowego rażenia w rękach aktorów pozapaństwowych.⁷⁸ Niektóre rezolucje RB ONZ poprzez swoją implementację w prawie krajowym *de facto* spowodowały nawet kolizje z regionalnymi standardami ochrony praw człowieka.⁷⁹

mógłby orzec o legalności postępowania jednego państwa, jeśli jego wyrok pociągnąłby za sobą ocenę legalności postępowania innego państwa, które nie jest stroną sporu” (W. Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 27–28). Tę linię orzecznictwa MTSu należy uznać za zbyt konserwatywną i ocenić krytycznie jako niekonsekwentną w stosunku do samej konstrukcji zobowiązań *erga omnes*.

⁷⁶ Zob. J. L. Cohen, *A Global State of Emergency or the Further Constitutionalization of International Law: A Pluralist Approach*, *Constellations* 2008, t. 15, nr 4, s. 456–484.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 458–459.

⁷⁸ Szerzej na temat tych rezolucji oraz ich przełomowego znaczenia dla kształtowania się nowego modelu funkcjonowania RB ONZ zob. *ibidem*, s. 459–464.

⁷⁹ Zob. orzeczenie ETPCz w sprawie *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi przeciwko Irlandii*, 30.06.2005, skarga nr 45036/98; por. na ten temat M. Kumm, *op. cit.*, s. 279–283; por. także C. Costello, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights and Blurred Boundaries in Europe*, *Human Rights Law Review* 2006, t. 6, nr 1, s. 87–130.

Nie poruszając w tym miejscu bardzo poważnych, także negatywnych konsekwencji takich działań Rady,⁸⁰ należy podkreślić że są one przejawem odchodzenia od woluntaryzmu i konsensualnego sposobu podejmowania decyzji na rzecz bardziej scentralizowanego i konstytucjonalizującego się systemu,⁸¹ dążącego do wykształcenia organów quasi-wykonawczych. Suwerenność przestaje więc tracić swój walor i potencjał wetowania decyzji lub unikania ich konsekwencji, a jedyne skuteczne veto zdaje się spoczywać w rękach mocarstw stałych członków RB ONZ. Wskazuje się jednak szerszą tendencję do supra-nacjonalizacji organizacji międzynarodowych, gdzie coraz więcej kluczowych decyzji zapada w głosowaniach większościowych. W wielu organizacjach, zwłaszcza regionalnych europejskich państwa członkowskie są wiązane przez organy tych organizacji normami, na których ustanowienie nie wyrażają one każdorazowo zgody, lecz które zostają im w praktyce często narzucone.⁸² „Supra-nacjonalizację” można w uproszczeniu określić jako przejście z między do ponadnarodowego trybu podejmowania decyzji, co także stanowi przejaw wykształcenia się samodzielnej społeczności międzynarodowej o osobnej tożsamości. Supra-nacjonalizacja może przejawiać się po pierwsze w delegacji przez państwa roli wykonawczej pewnych funkcji jednemu organowi, po drugie w dewolucji części suwerennych uprawnień i po trzecie w upoważnieniu organizacji lub instytucji do działania w imieniu i na rzecz państwa czy też grupy państw.⁸³

3. Mini-konstytucje, czyli world order treaties

Innym ciekawym procesem jest postrzeganie traktatów tworzących niektóre ważne organizacje międzynarodowe, a czasami także osobne reżimy prawa międzynarodowego, jako konstytucji dla tych podmiotów i tworzonych przez nie systemów.⁸⁴ Wskazuje się, że tego typu traktaty zwane także

⁸⁰ Wskazuje się w tym miejscu nawet, że poprzez niemal pełną dyskrejonalność przekazaną Radzie przez przepisy Karty NZ, a zwłaszcza art. 39, nie mamy do czynienia z rządami prawa w systemie bezpieczeństwa międzynarodowego, a jedynie z rządami Rady Bezpieczeństwa (A. L. Paulus, *op. cit.*, s. 98).

⁸¹ Por. A. Peters, *Compensatory...*, s. 589.

⁸² Por. J. Ciechański, *Prawo międzynarodowe – normy i regulacja*, [w:] E. Haliżak, R. Kuźniar [red.], *Stosunki międzynarodowe. Geneza, struktura, dynamika*, Warszawa 2006, s. 345–349.

⁸³ M. W. Doyle, *op. cit.*, s. 115–116.

⁸⁴ A. Peters, *Global...*, s. 44.

„traktatami porządku światowego” (*world order treaties*) powstały m.in. w obszarach ochrony praw człowieka, prawa morza, prawa ochrony środowiska, prawa handlowego i międzynarodowego prawa karnego.⁸⁵ Reżimy te charakteryzują się bliskim powszechnego członkostwem oraz skoncentrowaniem na ochronie wspólnych całej społeczności międzynarodowej wartości w miejsce charakterystycznej dla klasycznego prawa międzynarodowego wzajemności.⁸⁶ Ich „konstytucje” są na ogół półautonomicznymi strukturami w ramach szerszego międzynarodowego porządku prawnego.

Jedną z ważniejszych konstytucjonalizujących się organizacji międzynarodowych, a zarazem reżimów prawa międzynarodowego jest Światowa Organizacja Handlu (WTO).⁸⁷ W prawie WTO zwraca się zwykle uwagę na kilka ważnych „konstytucyjnych przejawów”. Po pierwsze, podstawową konstytucyjną funkcją prawa WTO jest neutralizacja wszelkich protekcyjnych reguł dotyczących międzynarodowego handlu na poziomie krajowym,⁸⁸ przez co WTO bardzo silnie ingeruje w politykę handlową ograniczając naruszenia zasad wolnego handlu na poziomie regionalnym i państw członkowskich, stając się normatywnie nadrzędnym porządkiem prawnym w tym zakresie. Ponadto, jak podnosi P. Lamy, prawo WTO walnie i aktywnie przyczyniło się do wzmocnienia i nadania nowego znaczenia dwóm podstawowym, konstytucyjnym zasadom prawa międzynarodowego – zasadzie suwerenności oraz pokojowego rozwiązywania sporów.⁸⁹ Nawiązując do drugiej z tych zasad należy wskazać na jeden z koronnych argumentów na rzecz konstytucyjnej interpretacji reżimu prawnego WTO. Organizacja zbudowała efektywny, *quasi*-arbitrażowy system rozwiązywania sporów przez panele oraz Organ Apelacyjny (*Appellate Body*). Co warte podkreślenia, jest to mechanizm obowiązkowy dla wszystkich członków WTO, co jest fenomenem na skalę całego prawa międzynarodowego nie znającego przecieży co do zasady przymusowego sądownictwa.⁹⁰ Ponadto, każdy członek WTO może uruchomić

⁸⁵ *Ibidem*, s. 52.

⁸⁶ *Ibidem*; podobnie W. Werner, *op. cit.*, s. 337.

⁸⁷ Na temat różnych wymiarów i aspektów konstytucji WTO oraz ich wzajemnych zależności zob. J. P. Trachtman, *The Constitutions of the WTO*, *European Journal of International Law* 2006, t. 17, nr 3, s. 623–646.

⁸⁸ A. Peters, *Compensatory...*, s. 596.

⁸⁹ P. Lamy, *The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order*, *European Journal of International Law* 2007, t. 17, nr 5, s. 974–977.

⁹⁰ *Ibidem*, s. 976.

procedurę także w interesie całej społeczności międzynarodowej, nawet jeśli nie jest bezpośrednio zaangażowany w dany spór (np. nie jest eksporterem), co czyni *actio popularis* dopuszczalną na gruncie prawa WTO. Integralność systemu powoduje także, że wykształciło się dość bogate orzecznictwo. Niektórzy badacze wskazują nawet na jego podobieństwo do orzecznictwa konstytucyjnego i stosowanie typowych technik konstytucyjnych, takich jak proporcjonalność, a także zdolność generowania *case-law*, dotyczącego nierzadko kwestii uznawanych za konstytucyjne.⁹¹

V. Krytyka i trendy anty-konstytucyjne w prawie międzynarodowym

Paradoksalnie, współczesny system międzynarodowy dostarcza także poważnych przykładów sił działających w całkowicie przeciwnym kierunku, niż chcieliby tego zwolennicy daleko posuniętej konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego. Mogą one być postrzegane jako przesłanki być może nie całkiem sprzecznego, ale z pewnością przeciwnego globalnemu konstytucjonalizmowi procesu – fragmentacji międzynarodowego porządku prawnego.⁹²

Fragmentacja prawa międzynarodowego jest paradoksalnie zjawiskiem powiązaniem z opisanym powyżej procesem wykształcania się oraz mini-konstytucjonalizacji poszczególnych reżimów prawnych i w zasadzie stanowi drugą stronę tego medalu. Systemy te budują swoje własne normy, a przede wszystkim tworzą różne sądowe i quasi-sądowe metody rozwiązywania sporów i orzekania w materii objętej poszczególnymi traktatami. Zwłaszcza proliferacja międzynarodowego sądownictwa może być postrzegana jako zagrożenie dla jedności prawa międzynarodowego;⁹³ zatomizowana sieć autonomicznych międzynarodowych sądów nie podporządkowanych sobie

⁹¹ Zob. D. Z. Cass, *The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, *European Journal of International Law*, t. 12, nr 1, s. 42; krytycznie na ten temat por. J. F. Dunoff, *The Politics of International Constitutions: The Curious Case of the World Trade Organization*, [w:] J. L. Dunoff, J. P. Trachtman, *op. cit.*, s. 178–205, zwłaszcza s. 190–192.

⁹² Problem ten był m.in. przedmiotem obrad Konferencji Katedr Prawa Międzynarodowego w Karpaczu, 10–12 maja 2006, czego owocem jest książka pod redakcją J. Kolasy i A. Kozłowskiego (*op. cit.*).

⁹³ Zob. szeroko na ten temat W. Czapliński, *Multiplikacja sądów międzynarodowych – szansa czy zagrożenie dla jedności prawa międzynarodowego*, [w:] J. Kolasa, A. Kozłowski, *op. cit.*, s. 77–130.

nawzajem instancyjnie może potencjalnie prowadzić do sprzecznego orzecznictwa, przynajmniej w zakresie, w jakim odwołują się one do powszechnego prawa międzynarodowego. Prowadzi to niektórych autorów nawet do poddawania w wątpliwość dalszego istnienia ogólnego prawa międzynarodowego, natomiast inni taki stan rzeczy uważają za dowód, że cały system nie jest spójny i stanowi jedynie sieć luźno powiązanych ze sobą norm.⁹⁴

Z drugiej jednak strony należy zgodzić się z poglądem, że decentralizacja jest naturalnym elementem systemu prawa międzynarodowego od czasu jego powstania.⁹⁵ Podkreśla się, że występujące konflikty normatywne między reżimami albo występowały dotąd dość rzadko,⁹⁶ albo też że są wbrew pozorom łatwo wykrywalne i możliwe do wyeliminowania.⁹⁷ Zresztą same organy międzynarodowe zwykle nie postrzegają swojej prawotwórczej i sądowej aktywności w całkowitej izolacji od ogólnego prawa międzynarodowego i innych systemów i opierają się na orzecznictwie innych ciał, zwłaszcza Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) oraz starają się, tak jak w przypadku WTO, implementować w swojej praktyce ogólne zasady prawa międzynarodowego.⁹⁸

Można więc skonkludować, że póki instytucje i organy w ramach szczegółowych reżimów nie wychodzą w swojej aktywności judykacyjnej i prawotwórczej poza zakres swojego przedmiotu normatywnego zainteresowania lub też posługują się powszechnym prawem międzynarodowym w harmonii z praktyką innych właściwych organów ONZ, MTS i państw, o tyle nie ma zagrożenia dla jedności prawa międzynarodowego. Może być w takim wypadku jedynie mowa o „jedności w różnorodności” lub też o „elastycznej różnorodności”.⁹⁹ Taka argumentacja jest zresztą punktem wyjścia dla „globalnego konstytucjonalnego pluralizmu”, czyli podejścia które upatruje istoty konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego właśnie w sumie owych „częściowych” konstytucji, odrzucając potrzebę oraz konieczność przewyciężania fragmentacji i decentralizacji poprzez wprowadzanie unitarnej konstytucji społeczności międzynarodowej (np. w postaci Karty NZ).¹⁰⁰

⁹⁴ Zob. A. L. Paulus, *op. cit.*, s. 82.

⁹⁵ W. Czapliński, *op. cit.*, s. 77.

⁹⁶ A. Peters, *Compensatory...*, s. 602; A. L. Paulus, *op. cit.*, s. 86.

⁹⁷ W. Czapliński, *op. cit.*, s. 130.

⁹⁸ Por. A. L. Paulus, *op. cit.*, s. 84–86; P. Lamy, *op. cit.*, s. 944–947.

⁹⁹ A. Peters, *Compensatory...*, *op. cit.*, s. 602.

¹⁰⁰ Zob. K. Milewicz, *op. cit.*, s. 435; por. *ibidem*, s. 602–603.

Jako kolejny trend anty-konstytucyjny, często wskazywany jest problem obecności hegemonu w systemie międzynarodowym. Należy zauważyć jednak, że jest to dużo głębsze zagadnienie systemowe, gdyż jednobiegunowość świata wynikająca z aktywności supermocarstwa może nie tyle oddziaływać na niekorzyść procesu konstytucjonalizacji, co raczej wpływać na całą strukturę systemu międzynarodowego i zagrażać istnieniu społeczności międzynarodowej *par excellence*. Jeśli nawet bowiem mamy do czynienia z nieformalnym imperium i *de iure* struktura społeczności międzynarodowej nie jest naruszona, a państwa, organizacje oraz inni jej członkowie zachowują względną swobodę działania, to i tak powstaje pytanie na ile wartości, normy i cele takiej społeczności pozostają wspólne. W nauce stosunków międzynarodowych panuje bowiem konsensus co do tego, że każde imperium lub nawet tylko hegemon ma tendencję do dyktowania prawa i swoich preferencji aksjologicznych w systemie międzynarodowym.¹⁰¹ Jednak nawet w subtelniejszej postaci, założywszy że ambicje państwa o supermocarstwowej pozycji nie sięgną tak skrajnego unilateralizmu, tylko same działania takiego podmiotu odnośnie swoich własnych zobowiązań prawnomiędzynarodowych i w ramach swoich własnych suwerennych uprawnień ze względu na jego wpływy mogą mieć bardzo brzemiennie skutki dla kierunków rozwoju prawa międzynarodowego. Jako przykłady przytoczyć można tutaj przede wszystkim stosunek Stanów Zjednoczonych do Międzynarodowego Trybunału Karnego oraz aktywne podkopywanie tego systemu np. przez zawieranie dwustronnych umów o nietykalności (*Bilateral Immunity Agreements*) lub wymuszenie przyjęcia rezolucji 1422 (2002).¹⁰² Innym przykładem może być odmowa ratyfikowania wielu innych ważnych umów międzynarodowych, np. traktatu delegalizującego miny przeciwpiechotne.¹⁰³

¹⁰¹ Zob. M. Beeson, R. Higgott, *Hegemony, institutionalism and U.S. foreign policy: Theory and practice in comparative historical perspective*, Third World Quarterly 2005, t. 26, nr 7, s. 1174.

¹⁰² W. Werner, *op. cit.*, s. 344–345; Rezolucja 1422 (2002) *de facto* wyłączyła możliwość sądenia przez MTK żołnierzy państw nie będących stronami umowy o MTK i biorących udział w misjach pokojowych ONZ. Rezolucja została uchwalona na okres 12 miesięcy, a następnie przedłużona na kolejny rok. USA uzależniły swoje poparcie dla przedłużenia misji pokojowej ONZ w Bośni–Hercegowinie od przyjęcia rezolucji 1422.

¹⁰³ *Ibidem*, s. 343; *Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction*, otwarta do podpisu 3 grudnia 1997, weszła w życie 1 marca 1999; Polska nie dokonała jeszcze ratyfikacji tej konwencji: <<http://www.icbl.org/index.php/icbl/Universal/MBT/States-Parties>> ostatnio wyświetlone: 31.12.2009.

Oczywiście wszystko to nie oznacza automatycznie, że Stany Zjednoczone czy jakiegokolwiek inne przyszłe supermocarstwo będzie zawsze co do zasady stanowiło przeszkodę w konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego. Wiele zależy także od charakteru tego procesu i jego postrzegania przez najpotężniejszych członków społeczności międzynarodowej; warto pamiętać, że to właśnie USA były głównym architektem i sponsorem systemu ONZ, a wcześniej także pomysłodawcą utworzenia Ligi Narodów.

Krytyka koncepcji konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego idzie w różnych kierunkach i nie sposób poruszyć tutaj wszystkich jej aspektów.¹⁰⁴ Pluraliści mogą zarzucać zwolennikom konstytucjonalizacji ukryte dążenie ku coraz gęstszemu normatywnie i aksjologicznie solidaryzmowi, a nawet uniwersalizmowi.¹⁰⁵ W ten sposób konstytucjonalizacja może nie tylko zagrozić tak niezbędnemu, według nich, pluralizmowi wartości, a w konsekwencji także pluralizmowi politycznemu i prowadzić do utorowania drogi globalnej strukturze państwowej. Dla innych z kolei cała idea konstytucji społeczności międzynarodowej jest nieuprawniona, ze względu na fakt, że idea konstytucjonalizmu jest zbyt silnie, organicznie i nierozzerwalnie powiązana z państwem.¹⁰⁶ W powiązaniu z tym poglądem należy wspomnieć argument z demokracji – jak można mówić o międzynarodowym konstytucjonalizmie skoro mechanizmy demokratyczne w zasadzie nie działają na poziomie społeczności międzynarodowej lub są ograniczone do szczątkowej formy? Powstaje pytanie czy można powoływać się na ideę konstytucyjnego porządku, którego ostatecznym celem jest ochrona praw społeczeństw i jednostek, jeśli owi „obywatele świata” często nie mają nawet formalnych możliwości wpływu na kształtujące się układy władzy na poziomie globalnym. W końcu, badacze tacy jak D. Kennedy wskazują cały szereg subtelnych pułapek związanych z projektem konstytucyjnym społeczności międzynarodowej, oskarżając go o to, że jest jedynie swego rodzaju myślową zabawą głównie

¹⁰⁴ Szeroko na temat różnego rodzaju argumentów krytycznych wobec globalnego konstytucjonalizmu i ich odrzucenia zob. A. Peters, *The Merits of Global Constitutionalism*, Indiana Journal of Global Legal Studies 2009, t. 16, nr 2, s. 397–411.

¹⁰⁵ Szerzej na ten temat por. R. Kwiecień, *Hegemonializm v. pluralizm społeczności państw a jedność i powszechność prawa międzynarodowego*, [w:] J. Kolasa, A. Kozłowski [red.], *op. cit.*, s. 235–247.

¹⁰⁶ Zob. W. E. Scheuerman, „All Power to the (State-less?) General Assembly!”, *Constellations* 2008, t. 15, nr 4, s. 485–492; por. H. Brunkhorst, *State and Constitution – A Reply to Scheuerman*, *Constellations* 2008, t. 15, nr 4, s. 493–501; zob. także M. Kumm, *op. cit.*, s. 258–259.

europiejskich intelektualistów.¹⁰⁷ W obecnym świecie brakuje tego co autor nazywa „nadającymi się do zastosowania globalnymi mapami władzy”.¹⁰⁸ Ponieważ wciąż mamy problemy ze znalezieniem klucza do post-zimnowojennego porządku świata, wykorzystujemy paradygmat konstytucyjny, który ma zastąpić nam owe globalne mapy znajomymi i oswojonymi schematami konstytucyjnego rozkładu sił w społeczności. Problem polega jednak na tym, że instytucje konstytucyjne niekoniecznie działają dobrze w warunkach krajowych, nie mówiąc już o ich dopasowaniu do tak dalece nietypowej i złożonej struktury jaką jest społeczność międzynarodowa. Narzucenie owej pojęciowo-normatywnej sieci konstytucyjnej na rzeczywistość międzynarodową może jednak mieć poważne konsekwencje, np. w postaci stawiania w centrum i w konsekwencji petryfikacji pewnych starszych struktur oraz instytucji (ONZ, WTO) kosztem nowych, przyszłych i być może lepszych rozwiązań.¹⁰⁹

VI. Konkluzje

1. Trzy sposoby postrzegania konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego

Wydaje się, że podejmując próbę podsumowania dyskusji o konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego można wyodrębnić zasadniczo trzy różne płaszczyzny postrzegania tego procesu. Konstytucjonalizacja może być po pierwsze ujmowana jako obiektywny proces zachodzący w społeczności międzynarodowej, po drugie może być traktowana jako pewien hermeneutyczny sposób interpretacji prawa międzynarodowego¹¹⁰ i w końcu może także stanowić normatywny projekt przebudowy tego porządku prawnego. Poniżej omówię każdy z tych wariantów.

¹⁰⁷ D. Kennedy, *The Mystery of Global Governance*, [w:] J. L. Dunoff, J. P. Trachtman, *op. cit.*, s. 65.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*, s. 63.

¹¹⁰ Na ten aspekt zwraca uwagę A. Peters, *Global...*, s. 39–40.

2. Konstytucjonalizacja jako rzeczywisty proces

Przemiany, które do tej pory zaszły w prawie międzynarodowym można interpretować zgodnie z tezą postawioną na wstępie tego artykułu. Argumenty przemawiające za stopniową konstytucjonalizacją struktury prawa międzynarodowego są owocem postępującej jego instytucjonalizacji, rudymen tarnej hierarchizacji, pojawienia się wartości i interesów wspólnotowych, rozrostu i wzmacniania się uniwersalnych praw człowieka jako karty praw dla całej wspólnoty międzynarodowej oraz przebudowy struktury tej społeczności, która dawno przestała być już tylko statyczną społecznością państw.¹¹¹ Oczywiście z tej perspektywy pytanie o to, kto jest podmiotem międzynarodowej „konstytucji”, kim jest „suweren”, a zatem problem charakteru owej konstytucyjnej społeczności międzynarodowej jest kluczowe. Bardziej solidarystyczna społeczność międzynarodowa, w której obszar wspólnych celów, interesów i wartości jest większy, będzie prawdopodobnie posiadała bardziej spójną i obszerniejszą materialnie konstytucję. Taka wizja stoi w opozycji do ograniczonej, formalnej konstytucji, która w postaci KNZ oraz naczelnej zasady suwerenności jest już dostępna wąskiej i pluralistycznej społeczności państw nastawionych na koegzystencję, tudzież umiarkowaną kooperację. Jednym z podstawowych problemów dostrzeganych przez teoretyków międzynarodowego konstytucjonalizmu w tym pierwszym wypadku jest jednak fakt, że owa szeroka i solidarystyczna społeczność międzynarodowa nie jest jak dotychczas zdolna do „samo-ukonstituowania się” jako podmiot praw konstytucyjnych, czyli innymi słowy nie posiadała samoświadomości własnej tożsamości jako odrębna od sumy swoich członków całość, a jest to konieczne, aby móc mówić o jej „konstytucji”.¹¹² Jest to efektem tego, że tak zróżnicowanej podmiotowo zbiorowości, składającej się także z aktorów poza-państwowych, a być może nawet i jednostek, bardzo trudno przekształcić się ze wspólnoty prawnej (*legal community*) we wspólnotę polityczną.

¹¹¹ Zob. na ten temat w kontekście konstytucjonalizacji S. Besson, *op. cit.*, s. 393–396; w polskiej literaturze zob. ostatnio B. Mielnik, *Kształtowanie się pozapaństwowej podmiotowości w prawie międzynarodowym*, Wrocław 2008.

¹¹² *Ibidem*, s. 398; „W obliczu braku zidentyfikowania siebie jako społeczności, społeczność międzynarodowa nie wiedziała, że ma konstytucję. Nie znając swojej własnej konstytucji, zignorowała ogólne zasady konstytucji” (P. Allott, *Eunomia: New Order for a New World*, New York 1990, s. 418), cyt. za B. Fassbender, *The United Nations Charter...*, Columbia Journal of Transnational Law, s. 531.

Pewnym jednak rozwiązaniem jest zainspirowana przez J. Habermasa¹¹³ i rozwinięta przez niektórych uczestników debaty o konstytucjonalizacji koncepcja „sieci konstytucyjnej” kierowanej konstytucyjną subsydiarnością i rozłożonej między poszczególne poziomy: ponadnarodowy, regionalny i narodowy. Totalna i wszechobejmująca konstytucja globalna nie jest tutaj jedyną opcją; alternatywą dla niej wydaje się być „konstytucja ramowa” na poziomie międzynarodowym.

Otwartym pozostaje także pytanie, czy proces konstytucjonalizacji odbywa się w wydaniu unitarnym, np. pod egidą konstytucyjnego charakteru Karty NZ i towarzyszących jej kluczowych pobocznych traktatów konstytucyjnych w obszarze powszechnego prawa międzynarodowego, czy raczej mamy do czynienia z pluralizmem konstytucyjnym, a zatem równoległą konstytucjonalizacją poszczególnych specjalnych reżimów (*self-contained regimes*), takich jak WTO, prawo humanitarne, prawo ochrony środowiska etc. Według zwolenników tej drugiej wizji konstytucyjnej, taki proces jest bliższy multicytrycznej i zdecentralizowanej naturze prawa międzynarodowego, przy czym wzajemne powiązania między tymi równoległymi „konstytucjami” nie muszą przeszkadzać jedności powszechnego prawa międzynarodowego.

3. Konstytucjonalizacja jako hermeneutyczna metoda interpretacji prawa międzynarodowego

Metodologiczny nurt hermeneutyki prawniczej przyjmuje, że interpreto-
wanie, a w konsekwencji rozumienie tekstu prawnego nie polega jedynie na ścisłym odtwarzaniu treści normy zakodowanej w przepisie. Na ostateczny kształt wyinterpretowanego prawa (rozumienia prawa) wpływ ma także sytuacja interpretacyjna, a przede wszystkim element twórczy wnoszony przez interpretującego tekst (co nie ma oczywiście oznaczać arbitralności).¹¹⁴ Istotnym dla wszystkich nurtów hermeneutyki prawniczej jest tzw. „przedrozumienie” (*Vorverständnis*), a zatem pewnego rodzaju hipoteza wykładnicza, przesłanka odpowiedniego rozumienia¹¹⁵ lub inaczej pewien багаż przekonań, oczekiwań, konotacji językowych, uwarunkowań kulturowych, które interpretator „wnosi” do rozumienia tekstu.

¹¹³ Zob. na temat J. Habermasa koncepcji trójdzielnej struktury *global governance*: W. E. Scheuerman, *op. cit.*, s. 485–486.

¹¹⁴ Zob. J. Oniszczyk, *op. cit.*, s. 674.

¹¹⁵ *Ibidem*, s. 676–677.

Jeśli zatem przyjąć także w procesie interpretowania prawa międzynarodowego, owe założenia hermeneutyczne, że „[i]stnieje zawsze projekt sensu czytanego tekstu, wstępne jego rozumienie, które dotyczy zarówno poszczególnych jego fragmentów, jak i całości”,¹¹⁶ to cały zamysł konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego można odczytywać jako projekt konstytucyjnej rekonstrukcji jego rozumienia. To, co próbują uczynić adherenci idei globalnej konstytucjonalizacji, to nic innego jak nadanie interpretacji prawa międzynarodowego przedrozumienia związanego z tradycją konstytucjonalizmu i językiem konstytucyjnym. Paradygmat konstytucyjny narzuca pewne kognitywne ramy na rzeczywistość międzynarodową, ułatwiając, ale równocześnie obciążając aksjologicznie jej rozumienie. Zakładając, za A. Kaufmannem, że prawo przed wykładnią nie istnieje i powstaje dopiero w procesie swojego odtwarzania,¹¹⁷ można przeformułować całe rozumienie tego porządku prawnego według paradygmatu konstytucyjnego, nawet bez konieczności dokonywania szerokich zmian legislacyjnych w tekstach aktów prawnych. Efekty takiej hermeneutycznej metody wykładni normy zwyczajowego prawa międzynarodowego mogą być jeszcze potężniejsze i bardziej dalekosiężne, o ile oczywiście nada się jej najpierw postać językową, gdyż założeniem wspólnym wszystkich kierunków hermeneutyki jest, że istnieje tylko językowa postać normy prawnej.¹¹⁸

Na tle powyższych rozważań należy jednak dodać, iż w dyskusji o konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego można zauważyć pewną schizofreniczność w odniesieniu do użycia właśnie języka i pojęć z zakresu prawa konstytucyjnego. Z jednej strony bowiem, zwolennicy konstytucjonalizacji posługują się właśnie pojęciami „konstytucji”, „konstytucjonalizmu” i innymi typowymi dla tej tradycji prawnej, które są pojęciami szczególnie bogatymi w znaczenie, nasyconymi aksjologicznie, w wielu interpretacjach pociągającymi za sobą wręcz całą ideologię, jeśli nie filozofię prawa. Gdyby tego było mało, ten bagaż znaczeniowy jest inny dla każdej kultury prawnej, z której pochodzą poszczególni autorzy, wyposażając ich dodatkowo w subtelne różnice rozumienia tych pojęć.¹¹⁹ Owa „transplantacja” tkanki konstytucjonalizmu

¹¹⁶ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 89.

¹¹⁷ Zob. J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 128.

¹¹⁸ Zob. F. Przybylski-Lewandowski, *Hermeneutyka prawnicza*, hasło [w:] J. Zajadło [red.], *Leksykon...*, s. 115.

¹¹⁹ Zob. D. Kennedy, *op. cit.*, s. 61.

do organizmu społeczności międzynarodowej napotyka w związku z tym na liczne trudności związane z różnicami między rzeczywistością językową, w jakiej powstała a nową, w której według zamysłu autorów mają operować. Z drugiej strony, jak była o tym mowa, remedium poszukuje się w próbie oderwania się od tych treści, zastrzegając że „konstytucja”, czy „konstytucjonalizm” są pojęciami autonomicznymi na gruncie prawa międzynarodowego.¹²⁰ Warto jednak pamiętać słuszną uwagę, że:

„Pojęcia prawne nie mogą być odseparowane od języka, w którym toczą swoje życie. Funkcjonują one jedynie w kontekście innych pojęć prawnych i profesjonalnej gramatyki, która stanowi o tym jak są używane w relacji do siebie nawzajem”.¹²¹

Próbując równocześnie wykorzystać retorykę konstytucyjną i zarazem odciąć się od wielu jej immanentnych konotacji, zachowujemy się jakbyśmy chcieli zjeść ciastko i mieć je równocześnie. Z drugiej jednak strony, nie można uważać terminów „konstytucja” lub „konstytucjonalizm” za zakazane na gruncie prawa międzynarodowego, chodzi jedynie o jasne określenie się wobec ich znaczeń, a budowa nowego języka konstytucyjnego społeczności międzynarodowej wydaje się jak najbardziej możliwa.

4. Konstytucjonalizacja jako projekt normatywny

Last but not least, konstytucjonalizacja może być przedstawiana po prostu jako pewna normatywna propozycja urządzenia porządku międzynarodowego na przyszłość, a zatem swoisty postulat *de lege ferenda*.¹²² Być może truizmem jest stwierdzenie, że ujmowana normatywnie konstytucjonalizacja niesie z sobą ogromny twórczy potencjał zidentyfikowania i zrozumienia wielu toczących się w społeczności międzynarodowej normatywnych procesów

¹²⁰ Zob. np. B. Fassbender, *Rediscovering...*, s. 145.

¹²¹ M. Koskenniemi, *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization*, *Theoretical Inquiries in Law* 2007, t. 8, nr 1, s. 20–21.

¹²² Trzeba przy tym zaznaczyć, że jak wskazuje D. Kennedy, konstytucjonalizacja nie jest naturalnie jedyną próbą wyjaśnienia istoty i przemian w prawie międzynarodowym. Do innych wpływowych nurtów w tym zakresie należy zaliczyć m.in. projekt socjologiczno-prawny prowadzony na Australian National University (Peter Drahos, John Braithwaite), projekt globalnego prawa administracyjnego skupiający się na New York University (Richard Steward, Ben Kingsbury) oraz szkołę frankfurcką inspirowaną teorią systemów Niklasa Luhmanna z Guntherem Teubnerem na czele; zob. D. Kennedy, *op. cit.*, s. 48–50.

i przemian, których efekty będą dostrzegalne dopiero w przyszłości. W literaturze wskazano, że w tym zakresie globalny konstytucjonalizm może mieć duży konstruktywny krytyczny potencjał wobec prawa międzynarodowego. Konstytucjonalizacja prawa międzynarodowego w aspekcie normatywnym może być użyta jako broń obosieczna – zarówno jako źródło argumentów legitymizujących w nieuprawniony sposób prawo międzynarodowe i społeczność międzynarodową poprzez nadużycie języka konstytucyjnego, jak i zupełnie odwrotnego dowodzenia braku właściwej demokratycznej legitymizacji porządku międzynarodowego.¹²³ Należy jednak zgodzić się z poglądem, że dopuszczalna i korzystna jest droga pośrednia; paradygmat globalnego konstytucjonalizmu może służyć do wykazania, że możliwe jest funkcjonowanie społeczności międzynarodowej w warunkach wystarczającej legitymizacji prawa międzynarodowego i zastosowania zasady rządów prawa na poziomie globalnym bez konieczności odwołania się do konstrukcji światowego państwa.¹²⁴

Ze względu na ograniczenia objętości, powyższa analiza nie była w stanie poruszyć wielu aspektów i wątków fascynującej i zarazem niezwykle złożonej tematyki konstytucjonalizmu globalnego czy też konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego, a inne przedstawiła zdawkowo i w uproszczeniu. Mimo że pod adresem zarysowanych powyżej kontrowersyjnych koncepcji podnosi się wiele krytycznych uwag, to z pewnością żaden prawnik zainteresowany przyszłością prawa międzynarodowego i nową postacią społeczności międzynarodowej nie może przejść już zupełnie obojętnie obok debaty na temat międzynarodowego konstytucjonalizmu. Warto więc na koniec przytoczyć i poddać pod rozagę czytelnika refleksję B. Fassbendera:

„[...] społeczność międzynarodowa być może przesunęła się ku konstytucjonalizacji szybciej niż doktryna prawa międzynarodowego i powszechnie panujące wśród rządów przekonanie zdołały dostrzec. Główny nurt prawa międzynarodowego być może broni świata, który już przeminął”.¹²⁵

¹²³ Zob. A. Peters, *The Merits...*, s. 410.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ B. Fassbender, *The Meaning...*, s. 321.